

# 形成権の行使

田中ひとみ

## 序

判決の効力は、基準時において法的事実の存否が画され拘束力を有する。しかしながら、形成権の場合は、実体法上、その存続期間においては、いつにても権利行使は可能であり、自由に主張されうる。従って、この形成権の行使につき、既判力により基準時後失権するか否かについては争いがある。

形成権（ここでは、取消権、解除権、相殺権、白地手形補充権、建物買取請求権、及びここでは、登記請求権も検討の範囲に含めたい）の行使については、形成権行使後の第三者も利害関係ある第三者として前訴の結果（判決の主文および判決理由）が及ぶと考えられる。判決効を拡張するわけである。

一般に法律関係の変動に関しては、その後第三者が利害関係を有する 경우가多くみられる。従って、その後の当事者の法律行為により、その第三者の地位を覆すことは法律関係の安定を害し、妥当ではない。そこで、この第三者の地位を保護するためには判決効によって、後訴に対してその当事者間の前訴判決の効力が当該第三者に対しても及ぶものとすべきであろう。例えば、善意の第三者は保護されるべきである。この場合、善意が後訴での固有の抗弁とされる。

物権法において、物権変動の第三者に関しては、177条は、一般的に「第三者」と規定し、また、物権自体、登記があれば天下の万人に対抗できるものとされるから、対世効を有する判決効が発案されて然るべきであり、私見は、このような事態に対し、制限的対世効を認める立場に立つ（参照、城西現代政策研究創刊号「新しい判決の効力」25頁）。ここでは、ある特定の第三者、すなわち利害関係ある第三者に対してのみ、判決効を及ぼせば足り、制限的対世効を認めれば十分である。形成権の行使についてもこの種類の判決効を及ぼせば足る。

以下、実体法の規律をも包摂あるいは、対比しつつ、検討を加えたい。

## 1. 形成権の行使

まず第一にこのような形成権の行使を例外的に後訴で認める可能性は、形成権の行使が訴訟の内外で、容認されていることから、認めるべきこととされよう。このことは、請求権の確定や、法律関係のあるべき姿を示し、実現してゆく為にも不可避な事であると考ええる。また、遮断効を適切に画することによって実体法上の意思表示通りの効力を認め、私的自治を実現することからも妥当であろう。既判力でどの範囲まで確定すべきであるのか、という問いに対して、例外を認めることが妥当な場合も存在することは広く知られている。既判力でどのように法的拘束力を認めるべきかは日独の訴訟承継の在り方の相違にみられるように、多様であり、あるいは個別的で柔軟性に富むものである。

そこでの遮断効の範囲ないしは基準は法的効果を実体法上付与すべきか否かの妥当性により、個々に判断させてゆくべきであろう。

特定の法的事実の発生・変更・消滅の確定は、変遷すべきものであり、第一には時的基準（既判力の基準時、契約締結時等）に決定される。しかしこれは、絶対かつ唯一の基準ではなく、後の変更が可能である。このような可変性のある形成権行使に関しては、一回的な行使が通常であることから、後訴を認めるべきであり、このような柔軟な対応を通じて実体法上の効果を認めることが望ましい。基準時後の後訴という方法をとうして解決が可能であり、時々刻々と変動する法律関係を律することとなる。また、後訴提起が逸脱する場合には、その度合いの大きさにより権利の濫用（民法1条3項）や信義則（民法1条2項、民訴2条）による制限も可能であろう。

この点の失権効の範囲の基準については長く議論のあるところである。これは同時に判決の拘束力の範囲の議論でもあった。

まず第一に三カ月説では、既判力が紛争解決という制度目的のための制度目的のための制度的効力である。従って当事者は当該判決に拘束されるものとする<sup>1)</sup>。ここにおいては、権利関係の安定が目的とされ、蒸し返し防止を目指す。

第二に上野・松本説では、基準時後の形成権行使による法律関係の変動を無制限に後訴において主張すると訴訟審理の迅速化を図った現行民事訴訟法の意図に反するとし、訴訟係属中にした形成権行使とその結果の陳述が時機に後れたものとして却下されるが、基準時後の形成権行使の場合には既判力によって失権せず、新たな訴訟において無制限に主張できるというのは甚だ不均衡である、と主張する<sup>2)</sup>。しかし、私見によれば、失権せず、後訴に形成権行使を固有の抗弁として主張を認めることが、私的自治に適い、妥当である、と解する。

第三に新堂説では、債務負担行為の効力を主要な争点とし、攻防をしているときには、その有効性を主張する側が、その効力について最終決着を求めることは当然であり、正当な要求とみられるのに、形成権（取消権、解除権等）の行使を別訴にわざわざ留保することは、許されず、また、不当な意図がむしろ推認される、と主張する<sup>3)</sup>。そして、公平の観点から、基準時に於いてその争点につき主張可能な防御方法を尽くす義務（行為規範としての提出義務）を被告に負わす事が公平と考えられる、とする<sup>4)</sup>。

新堂説によれば、前訴の争点効による後訴への拘束力により、判断が統一されるものと考えられる。即ち、形成権の行使は前訴判決理由中の判断として、争点となり、後訴においては、争点以外の事実の前訴判決の拘束力が及ぶものと考えられる。後訴では、争点についての攻防が行われることとなる。私見では、さらにまた利害関係ある第三者を含めて自己に固有の抗弁と新事実の主張について再度後訴で争うこととなる。即ち、利害関係のある第三者による後訴の審理は、前訴判決の効力として、遮断効が生じ一連の紛争として、解決されることとなる。

第四に、水谷説に依るならば、端的に手続保障及び自己責任のみに判決の本質を認め、前訴で主張・立証すべき提出責任を肯定する。この認識は今日失権効という概念で広く支持されている<sup>5)</sup>。ここに於いては、基準時の前後により、一律に遮断効の範囲を画するのではなく、根源的に既判力によって遮断される、とはどういう事か、を追求し、遮断効全般についての再検討がなされている。

第五に小林説として多元説がある。この主張は、裁判制度としての、矛盾判断の回避、訴訟経済、権利関係の安定、実体法の実現といった価値を多元的に認める<sup>6)</sup>。

学説の多数説はかつては、失権を原則とし、相殺権についてのみ例外とした。

第六として、上田説として前訴に於いて、提出しておくべき責任が認められるか、を基準とする説がある<sup>7)</sup>。ここでは、まず第一に、当事者権の保障を条件に法的安定性の要求や訴訟経済、執行妨害等の要求に注目し、第二には、法的事由を訴訟法上主張・立証することが、その者に実体法上認められた法的地位によって、訴訟法上客観的に期待できない場合、その法的事由が基準時以前に存在したとしても、後訴での提出が可能である、と説く。ここにおいては、実体法上の紛争解決をも取り込んだ点が評価されるべきである。そして、第一の要請が、第二の要請よりも強い場合には遮断効は肯定され、その逆の際には、遮断効が否定されるものと主張する。そして提出責任の観点からは、相殺は後者であり、解除権については、原告が解除権を主張する場合においては、遮断効は原則的に否定され、他方、被告が解除権者であれば、遮断効は肯定され、取消権については、提出責任の基準としては、客観的に前訴において、取消権を行使し、争っておくべきか否かに依って決すべき事とされる。

第七に、河野説によれば、形成権者に形成権の行使をおこなう責任があるか否かが遮断効の基準となる、とされる。即ち、既判力の遮断効は当事者が攻撃防御方法を提出することを怠ったことによる自己責任効にその意義が存するという。この行為規範が存するか否かは、実体法上の価値評価によることとされることになる。更にまた、形成権者に行為規範による行使責任を肯定する基準としては、第一に、相手方に訴え提起のような形成権行使の要求が存したか否か、第二にそのことに、期待可能性があったか、第三には形成権者が自律的にその権利行使がなされ得たか、が問われることとされる<sup>7)1</sup>。

第八として、池田説がある。この説に依ればまず抽象論は避け、具体的にそれぞれの形成権の実体法上の性格を考察し、前訴中の行使責任を問う。ここにおいては、当事者の遮断効が認められるかの予測状況を前提とし、そのための要件プログラムを不可欠の概念とする（池田『新世代の民事裁判』171頁以下<sup>8)</sup>）。

私見によれば、既判力を遮断効の失権効と解しつつ、前訴で主張・立証しえたか、という期待可能性や過失および法的安全性等の観点から、後訴は第三者にも新事実・固有の抗弁の提出を認める。ここでは、形成権の効果を主張する当事者

適格ある第三者への既判力の拡張をも肯定する。最近では、個々の形成権について、検討することが、有益であるので、以下、個別に論じる。

## 2. 取消権

取消権については、通説・判例は、基準時後の形成権行使は遮断される、とする<sup>9)</sup>。

まず、中野説に依るならば、本来、実体法上瑕疵ある債務負担行為の存否について、取消権並びに解除権が権利行使されるから、既判力に依ってその実体法上の地位を変更することは実体法（秩序）を無視するものである、と指摘する。そして、取消権は、取り消すか否かの裁量を取消権者に付与し、取消権の存続期間内の自由な行使を認め、遷延を狙う不当な権利行使に関しては、権利濫用ないし、信義則違反として、排斥すれば足る、とする<sup>10)</sup>。

次に上田・松本説によれば、取消権の場合、債務者は実体法上は取消権の行使を差し控えてよい場合であっても前訴において取消権を行使しなかった合理的な理由を説明できない限り、後訴における取消権行使の主張は顧慮されない、と解する。これに対し、反対説は取消権は遮断されない、とする。既判力は基準時における権利あるいは法律関係をそのとうり、反映させ、確定するのであり、取消事由があるがいまだ取消していない権利関係はそのとうり確定する。ここでは、基準時後に取消すことは、織り込み済みであることとなる。また、民法126条が保障する5年の除斥期間が否定されることは不当である、とする。他方、前訴で取消権行使を控えておいて、判決確定後に権利行使する場合には、信義則に反するものとする。

私見も取消権は一回的な権利行使を行うものであり、この点を加味するならば、その自由を奪うことは、民法の趣旨に反するものと解する。従って、既判力とは別個に民法により権利行使の時期が定まり、既判力に遮断されないものと考ええる。そして民法と民事訴訟法上の調和を図るために、不当な不意打ちないし、遅きに至った権利行使は、信義則によって遮断すれば足るものと解する。

無効と取消との比較においては、既判力の遮断において扱われ、強い効力を認

められる無効との比較の下に取消権の行使を制限すべきものとする考え方も可能であるが、これに対しては、反対説の方が説得力がある。即ち、中野説に依れば、法が特定の場合を無効とするか取消とするかは、法政策・法技術の問題で、瑕疵の軽重によるのではない<sup>11)</sup>。例えば、ドイツ民法では、錯誤は取消原因、詐欺は無効原因である。ここにおいては、法政策上の差異が存在する。

また、取消権は、民法上の対抗関係との接点も有する。取消権の行使により物権変動が生じ、取消し前に不動産に権利を取得した第三者と取消権者とは民法177条によって登記の具備により決すべきこととなるが、私見では、ここに於いて訴訟となった場合、判決効を拡張して、特定の利害関係ある第三者に制限的対世効を認めることが妥当であると考ええる。このような転得者も判決効により、統一的に紛争解決すべきであるからである。即ち、民法96条3項の第三者として善意であれば、この第三者は保護されることとなる。ここでは、対抗問題によらず、訴訟の判決効を及ぼすことにより、第三者（転得者）は保護される。また、このことは、判決理由中の判断であるので、私見では、主文及び判決理由中の判断にも判決効を認める。判例として、次のものがあり、参考となるので、紹介したい。

#### 【判例1】

最高裁判所昭和49年9月26日第一小法廷判決

民集28巻6号1213頁

#### <判決理由>

原審が適法に確定した事実関係によれば、訴外Aは、昭和41年6月24日被告人よりその所有の本件農地（第一審判決別紙目録（六）記載の土地）を含む六筆の本件土地を、建売住宅の敷地とする目的で買い受け、本件農地につき農地法五条の許可を条件とする所有権移転仮登記を、その余の各土地につき所有権移転登記を、それぞれ得たうえ、同年七月初旬、本件土地を上告人の被承継人である原審被控訴人に対する債務についての売渡担保として被控訴会社に譲渡し、同会社のため、本件農地については右仮登記移転の附記登記を、その余の各土地については所有権移転登記を、それぞれ経由したところ、被上告人と訴外Aとの前記売買契約（以下、本件売買契約という）は、訴外Aの代表者の詐欺に基づくものであったため、被上告人は、同年七月二七日、訴外Aに対し、本件売買契

約の意思表示を取消したが、被控訴会社は上記の売渡担保契約（以下、本件売渡担保契約という。）に際し、右詐欺の事実を知らなかった、というのである。

しかして、原審は、詐欺をした者から目的物を善意で転得した者がその所有権取得について対抗要件を備えているときにかぎり、この者に対して詐欺による取消の結果を対抗しえない旨説示したうえ、本件農地については被控訴会社はもとより訴外Aもその所有権を取得しているとはいいがたく、たんにその移転請求権を取得しているにすぎないし、かりに、その現況のいかんにより所有権の移転が実現しているとしても、被控訴会社に対抗できると判示して被控訴会社の抗弁を排斥し、本件農地について被控訴会社が経由した仮登記移転の附記登記の抹消登記手続を求める被上告人の請求を認容したことは、所論のとおりである。

おもうに、民法九六条一項、三項は、詐欺による意思表示をした者に対し、その意思表示の取消権を与えることによって詐欺被害者の救済をはかるとともに、他方その取消の効果を「善意の第三者」との関係において制限することにより、当該意思表示の有効なことを信頼して新たに利害関係を有するに至った者の地位を保護しようとする趣旨の規定であるから、右の第三者の範囲は、同条のかような立法趣旨に照らして合理的に画定されるべきであって、必ずしも、所有権その他の物権の転得者で、かつ、これにつき対抗要件を備えた者に限定しなければならない理由は、見出し難い。（略）

そうすると、被控訴会社は以上の意味において、本件売買契約から発生した法律関係について新たに利害関係を有するに至った者というべきであって、民法九六条三項の第三者にあたると解するのが相当である。

（上告理由の）論旨は、被控訴会社が被上告人に対して本件農地についての所有権移転登記請求権ないし条件付所有権の取得を対抗できることを前提として原判決を非難するものであって、本件売渡担保契約について被上告人がなんらの関与もしていない以上、その前提を欠くけれども、被控訴会社が、被上告人のした本件売買契約の意思表示につき、民法九六条三項の第三者にあたると解すべきこと上述のとおりであって、原審は右法令の解釈適用を誤っているものであり、その誤りは判決に影響を及ぼすことが明らかで、この点を指摘する論旨は、結局において理由があり、原判決は破棄を免れない。

私見によれば、このような取消権行使は、判決効によって、転得者に於いても律せられるものである。登記による対抗問題の解決からこぼれ落ちた類型の対応が、ここでは重要であろう。そして、このような第三者についても対抗要件を備えた取得者と同様に保護し、判決効に依って、確実な利害関係を形成し、本来の法律関係を保障しなければならないものとする。なお、本件は、詐欺被害者を保護し、善意の第三者との関係を調整しつつ、当該意思表示の有効なことを信頼して新たに利害関係を有するに至った第三者を保護したわけであるが、これは、判決効による調整であるといえよう。

### 3. 解除権

解除権についても、取消権と同様遮断される、とするのが、通説の理解である<sup>12)</sup>。すなわち、基準時後に権利を行使しても、解除権がそれ以前に存在し、いつにても権利を行使できた場合には、やはり遮断される<sup>13)</sup>。しかし、中野説によるならば、解除原因（たとえば履行遅滞）での考慮によって、これが基準時前に存在していても解除権の発生（催告による履行期間の経過）が基準時後ならば、その後の解除権行使は遮断されない<sup>14)</sup>。そして、解除権の行使期間（民法564条～566条、637条、641条など）の経過または長期の不行使に対しては、信義則による調整を認める。また、解除権者が被告であった場合には、訴訟による履行請求が、催告（民法547条）の意義を有し、口頭弁論終結後、相当な期間の経過により、実体法上消滅したと解してよい場合を肯定する。

さらに解除権の行使では、附遅滞に加え、催告を要する場合、この催告がなければ、遮断されない、と解されている<sup>15)</sup>。

また、約定による解除は原則として遮断されない、とする学説がある。池田説である<sup>16)</sup>。この点については、約定の趣旨により効力が定まる。裁判上は、原則として遮断される、とし反対証明があれば遮断されない、と解することが、紛争解決の効率性、実効性の観点から、妥当である、とも理解される<sup>17)</sup>。

私見としては、遮断されないことをむしろ、原則とし、後訴を認め、形成権行



使の自由度を保障し、また確保することが、形成権の在り方及び私的自治の観点から、妥当である、と考える。ここで判例の立場を検討したい。

### 【判例2】

最高裁判所昭和49年3月19日第三小法廷判決

民集28巻2号325頁

#### <判決理由>

原判決は訴外Aは昭和二五年四月原審控訴人Bから第一審判決添付目録第一記載の宅地（以下本件宅地という。）を買い受けたがその所有権移転登記をしなかったところ、昭和二九年三月本件宅地を被上告人に売り渡したが、その所有権移転登記は中間を省略してBから直接被上告人に対してされる旨の合意が右三者間に成立し、被上告人は同年九月一二日主文第一項記載の仮登記を経由したこと、一方、上告人は本件宅地上に右目録第二記載の建物（以下本件建物という。）を所有しているが、そのうち家屋番号六七番の二、三木造瓦葺二階建店舗一棟床面積一階七坪六号九勺、二階七坪九勺については昭和二七年七月四日これを他から買い受けるとともに、当時本件宅地の所有者であったAから本件宅地を建物所有の目的のもとに賃借し、右建物につき同月五日所有権移転登記を経由したこと、被上告人は昭和四六年六月一五日到達の書面をもって上告人に対し昭和二九年九月一四日以降昭和四六年五月末日までの賃料を四日以内に支払うよう催告し、上告人がこれに応じなかったので、同年六月二一日到達の書面をもって上告人に対し賃貸借契約を解除する旨の意思表示をしたことを、それぞれ確定したうえ、右賃貸借契約は同日解除されたとして、被上告人が土地所有権に基づき主文第一項の所有権移転登記完了と同時に上告人に対して本件建物の収去を求め本訴請求を認容したものである。

しかしながら、本件宅地の賃借人としてその賃借地上に登録ある建物を所有する上告人は本件宅地の所有権の得喪につき利害関係を有する第三者であるから、民法一七七条の規定上、被上告人としては上告人に対し本件宅地の所有権の移転につきその登記を経由しなければこれを上告人に対抗することができず、したがってまた、賃貸人たる地位を主張することができないものと解するのが、相当である（大審院昭和八年（オ）第六〇号同年五月九日判決・民集一二巻一一二三

頁参照)。

ところで、原判文によると、上告人が被上告人の本件宅地の所有権の取得を争っていること、また、被上告人が本件宅地につき所有権移転登記を経由していないことを自陳していることは、明らかである。それゆえ、被上告人は本件宅地につき所有権移転登記を経由したうえではじめて、上告人に対し本件宅地の所有権者であることを対抗でき、また、本件宅地の賃貸人たる地位を主張し得ることとなるわけである。したがって、それ以前には、被上告人は右賃貸人として上告人に対し賃料不払を理由として賃貸借契約を解除し、上告人の有する賃借権を消滅させる権利を有しないこととなる。そうすると、被上告人が本件宅地につき所有権移転登記を経由しない以前に、本件宅地の賃貸人として上告人に対し賃料不払を理由として本件宅地の賃貸借契約を解除する権利を有することを肯認した原判決の前示判断には法令解釈の誤りがあり、この違法は原判決の結論に影響を与えることは、明らかである。したがって、この点に関する論旨は理由があるから、その余の論旨について判断を示すまでもなく、原判決中判決主文第一項掲記の部分は破棄を免れない。

思うに、私見に依るならば、本件判決では、民法177条の本来予定した事例と異なっており（この点学説上は結論を一にしている）、したがって、また、本件の争点となった、賃貸中の不動産を譲渡した場合、新所有者（新賃貸人）から賃借人に対して賃料請求、賃貸借契約解除の請求をするためには、所有権移転につき対抗要件を備えていることが必要か、につき、判例は必要である、と一貫しているが、なお考察すべき点がある。また、先例として判示の中で引用されている大審院昭和8年判決は、土地の譲受人が賃貸人の地位を承継したとの通知により、登記のある建物を所有する賃借人に賃料を請求した事案であった。登記が必要であるとしたわけである。

この理由付けでは、登記不要としたなら、所有者は二重譲渡の場合、未登記譲受人のいずれもが、賃借権を主張できる点不合理である、とされる。

学説は、賃料請求には登記は不要であるが、解約の申入れや解除請求には登記が必要であるとする説<sup>18)</sup>、あるいは、賃料請求・解約申入れ・解除には登記は不

要としつつ、明渡請求に関しては必要である、とする説がある<sup>19)</sup>。

民法177条にいう「第三者」が問題とされるが、私見では、利害ある第三者に判決効が及ぶと解するので、このような場合に登記に関する統一的な解決が可能である。そして登記を経由していなくとも解除の請求は可能であり、この点、判決効による解決が実効的かつ有益である。登記請求権ともかかわるが、法的に利害関係のある第三者にも判決効をおよぼものとして、後訴においても、更に釈明権を行使しつつ、事案の解明の中で明白な処置がなされるべきである。

#### 4. 相殺

つぎに、相殺について検討をおこなう。

前訴で実行可能であったのに、相殺権を行使せず、判決確定後に相殺をすることは許されるか、が問題となる。

通説によると反対債権をもつ被告は基準時以前に相殺適状があれば、基準時後に相殺の意思表示をしてその債務の消滅を主張しうる<sup>20)</sup>。

反対債権の存否は、訴訟物たる訴求債権（受働債権）についての紛争とは、本来別個独立の紛争であり、相殺するか、何時するか、の自由が認められていることから、このように解することができる。なぜなら、相殺は、弁済の一種であって自己の反対債権を失うのであり、また、さらに相殺の担保的効力からも相殺の時期は債権者の自由委ねられてよいからである。すなわち、これは、基準時以後発生した弁済や免除等との事由と同視でき、訴訟内外での相殺の主張を認めることに合理性があるものと考えられるのである。また、したがって、基準時以後の相殺権の行使は、妨げられず、失権しない。後訴においての利害関係ある第三者にもこの判決効は及び、提出責任が第三者にも及ぶものとする。この第三者には「提出できる」としても、提出しえなかったことに過失がないからであり、失権効は及ばない。このことにより、判決効は正当化され、手続権の保障がなされよう。既判力によってその主張が後訴で遮断されるのは、そのような攻撃防御方法が、基準時以前に客観的に存在したからであるが、利害関係を有するに至った第三者にもこのような知・不知、その過失を問わず、失権しない。

一般的に形成権行使は、その性質上、当事者に行使の自由があるので、この行使時も任意に認められる。法律関係の変動という法律効果は、形成権行使時に発生し、基準時後の行使による新たな法的利害関係の主張は、前訴で確定された法律関係に抵触しないわけである。従って後訴を遮断しない。

判決理由中の判断に既判力が及ぶことが法定されており（114条2項）、この点は他の形成権行使の例示とみることができよう。一般に判決理由において、法的事実を確定しうべき事例は多く、その例示でもあるものとする<sup>21)</sup>。

判決効は基準時の法律関係を確定する事を主眼とするが、基準時後に存した事実の主張も、合理的に予測可能であった事実の主張も遮断するというのが、一般の見解である<sup>22)</sup>。ここにおいては、失権効の時的基準を新たに考案してゆくことが合理的である。これに関しては、取消権のように行使時期を5年とする除斥期間も存するが（民法126条）、これが一応の目安として参考とされうが、主張・立証し得た時期を一定の場合に基準となしえよう。形成権の主張・立証に期待可能性が認められるからである。ここでは個々の個別の判断を事例ごとに認めることとされよう。形成権行使が遅きに失する場合には、信義則（2条）による規制、排除が可能であろう。

## 5. 白地手形の補充権

白地手形のまま、手形請求し、請求棄却判決を受けた原告は、判決確定後に白地手形を補充して、後訴を提起することが可能か、について、判例・通説は否定説を採る<sup>23)</sup>。

新堂説に依るならば、原告は、自分から、攻撃を仕掛けて（前訴の訴えの提起）おきながら、やろうとすればいつでも可能な必須の攻撃方法（白地を補充すること）を尽くさずに、敗訴した後、再訴を認めることは妥当ではない、とする。すなわち、この場合、攻撃方法を尽くす義務は、取消権の行使より、一層認められやすく、簡易に主張しえたはずである。私見では、権利行使が期待し得た、ということとなる。判例をここで検討したい。

### 【判例3】

最高裁判所昭和五七年三月三〇日第三小法廷判決

民集三六卷三号五〇一頁

<判旨>

手形の所持人が、手形要件の一部を欠いたいわゆる白地手形に基づいて手形金請求の訴え（以下「前訴」という）を提起したところ、右手形要件の欠缺を理由として請求棄却の判決を受け、右判決が確定するに至ったのち、その者が右白地部分を補充した手形に基づいて再度前訴の被告に対し手形金請求の訴え（以下「後訴」という。）を提起した場合においては、前訴と後訴とはその目的である権利または法律関係の存否を異にするものではないといわなければならない。そして、手形の所持人において、前訴の事実審の最終の口頭弁論期日以前既に白地補充権を有しており、これを行使したうえ手形金の請求をすることができたにもかかわらず右期日までにこれを行使しなかった場合には、右期日ののちに該手形の白地部分を補充しこれに基づき後訴を提起して手形上の権利の存在を主張することは、特段の事情の存在が認められない限り前訴判決の既判力によって遮断され、許されないものと解するのが相当である。

私見によれば、本件では一年三カ月経過後に白地手形を補充し、後訴に及んでいるわけであるが、これは、主張の期待可能性の範囲内であると考えられる。執行妨害<sup>24)</sup>のような後訴であったかは、微妙ではあるが、権利の濫用とまでは言えないのであり、むしろ、公正な権利行使とし、救済を図るべきであろう。前訴で提出しておくべきかどうかの基準が問われるが、権利行使の自由度（これには自己責任も伴う）と、権利濫用との兼ね合いを見てゆくべきであろう。私的自治の範囲での権利であれば、やはりこれは、救済を認め、権利の保障を行ってゆくべきである、と考える。法的安定や、予見可能性といった実体上の問題でもあり、個別的判断が問われるべきである。前訴基準時に限定されない主張については、手続保障の質および量双方により、解決すべきことと言えよう。原告・被告それぞれのもつ利益の衡量と既判力の貫徹の程度を勘案してゆくことが目指されるべきである。

## 6. 建物買取請求権

最後に建物収去土地明渡請求訴訟で敗訴した被告が、前訴の基準時後に、建物買取請求権を行使することが、前訴既判力によって遮断されるかについて検討を加えたい。

この問題では、まず、遮断効の否定説に立脚しつつ、建物の買取請求権を行使した結果建物収去土地明渡の請求権が全て失効するか（全部失効説）、あるいは、その一部のみが失効するか（一部失効説）、争いがある。また、第二に、前訴の建物収去土地明渡訴訟で、建物買取請求権を主張せず、敗訴した被告が、前訴の基準時後に建物買取請求権を行使し、代金債権を主張しうるのが、について、争いがある。第三に、この建物代金の支払請求権をもってして留置権の行使ないしは同時履行の抗弁が行使しうるのが問題とされている。

第一の問題については、平成7年判決（後述）まで最高裁判決はなく、下級審判決では、結論が分かれていたが、学説では遮断効を否定するのが通説である。この理由とするとところは、三上評釈によれば、五点ある<sup>25)</sup>。まず、第一点は、建物収去土地明渡請求についての認容判決は、基準時における土地明渡請求権を確定するのみであり、この後の建物買取請求権は、民事執行法35条2項の口頭弁論終結後に生じた事由である、とされる。第二点としては代金支払請求は別訴においても可能であり、それにもかかわらず、この請求異議の訴えを認めないとすれば、建物買取請求権の意義を損なうこととなる。第三点としては、建物買取請求権は相殺権に近似する性格を有する。第四点として、建物買取請求権の制度趣旨とし、建物の社会的効用を保持しようとする社会経済上の利益が存すること。そして第五点としては、實際上、賃貸借契約終了の主張を争っている賃借人に対し、予備的にでも建物買取請求権の行使を強制することは許されず、建物買取請求権を許すべき必要性がある。

これに対し、遮断効を肯定する学説の論拠としては、三点あり、まず、第一に建物収去土地明渡請求判決確定後において、建物買取請求権の行使を認めるなら、二度の訴訟を許容するものである。第二に取消権行使の際と同じく遮断効を認め

るべきこと。第三として、建物買取請求権は投下資本の回収目的であることが主張されている。

そこで次に判例の判旨を下級審と最高裁判決の二つを挙げる。

#### 【判例4】

東京高裁昭和五三年七月二六日判決

高裁民集三一卷三号四八四頁

事案は省略する。

#### <判旨>

借地上の建物の譲受人が土地賃貸人から提起された右建物取去敷地明渡請求訴訟の事実審口頭弁論終結時までに借地法一〇条に基づく建物買取請求権があることを知りながらその行使をしなかったとしても、これにより建物買取請求権が失われるものではなく、したがって、建物譲受人は、その後においても建物買取請求権を行使して土地賃貸人に対し建物代金を請求することができるものと解するのが相当である（最高裁判所昭和五二年（オ）第二六八号同年六月二〇日第二小法廷判決、裁判集民事一二一号六三頁）。

なお、本件建物買取請求権については、前記請求異議訴訟（以下前訴という。）において、これを行使し得ないものとしてその主張が排斥されていることは前述したとおりであり、被告は、本訴において再び右建物買取請求権行使の効果を主張することが、被告としては、前訴で提出し得たにもかかわらず提出しなかった主張を本訴において新たに提出するわけではなく、また前訴で提出した主張と相容れない主張を本訴において新たに提出するわけでもなく、かえって、本訴においても前訴において提出したと同様の事実を主張したうえ、前訴における異なる法律効果を主張するものにほかならないから、訴訟上の信義則に反するものとはいえない（殊に建物買取請求権行使の許否について最高裁判所が前記のような判断をしていることを斟酌すれば、なおさらのことである。）。また、本訴の建物買取代金請求認容の判決が前訴の請求異議棄却の確定判決が前訴の請求異議棄却の確定判決の効力を変更することになるものでもない。してみれば、本訴請求は、前記のとおり前訴の確定判決の既判力にふれるものではないことはもちろん、既判力類似の効力（いわゆる争点効）にふれるものでもないというべきで

ある。

【判例 5】

最高裁判所平成 7 年12月15日第二小法廷判決

民集49卷10号3051頁

<判旨>

借地上に建物を所有する土地の賃借人が、賃貸人から提起された建物収去土地明渡請求訴訟の事実審口頭弁論終結時までに借地法 4 条 2 項〔現行借地借家法13条 1 項・3 項〕所定の建物買取請求権を行使しないまま、賃貸人の右請求を認容する判決がされ、同判決が確定した場合であっても、賃借人は、その後に建物買取請求権を行使した上、賃貸人に対して右確定判決による強制執行の不許を求める請求異議の事由として主張することができるものと解するのが相当である。ただし、(1) 建物買取請求権は、前訴確定判決によって確定された賃貸人の建物収去土地明渡請求権の発生原因に内在する瑕疵に基づく権利とは異なり、これとは別個の制度目的及び原因に基づいて発生する権利であって、賃借人がこれを行行使することにより建物の所有権が法律上当然に賃貸人に移転し、その結果として賃借人の建物収去義務が消滅するに至るのである、(2) したがって、賃借人が前訴の事実審口頭弁論終結時までに建物買取請求権を行使しなかったとしても、実体法上、その事実は同権利の消滅事由に当たるものではなく（最高裁昭和52年（オ）第268号同52年 6 月20日第二小法廷判決・裁判集民事121号63頁）、訴訟法上も、前訴確定判決の既判力によって同権利の主張が遮断されることはないと解すべきものである、(3) そうすると、賃借人が前訴の事実審口頭弁論終結以後に建物買取請求権を行使したときは、それによって前訴確定判決により確定された賃借人の建物収去義務が消滅し、前訴確定判決はその限度で執行力を失うから、建物買取請求権行使の効果は、民事執行法35条 2 項所定の口頭弁論の終結後に生じた異議の事由に該当するものというべきであるからである。

【判例 5】は最高裁判所に於いての最初の判決とされる。【判例 4】【判例 5】ともに遮断効が基準時後の実体法上の建物買取権行使に及ぶか、についての判例であるが、【判例 4】に関しては、請求権行使をして土地賃貸人に対し、代金請



求できるものとし、他方においては、遮断効を前提して肯定しつつ、この際提出責任を論拠とした。また、このことは信義則に違反せず、争点効に抵触するものでもない、と論じたものである。執行法上の問題に加えて形成権の趣旨を重んじたものとなっているが、本件評釈においては、詐欺による取消より相殺に類似する点が指摘された<sup>26)</sup>。さらに長期期間における権利の不行使についての、権利失効の原則が建物買取請求権自体を消滅させる実体法上のこととするのか否かが問題となるが、実体法上権利変動・消滅をもたらす効力と私見は解する。理由付けとしては、信義則によるとされよう（民法1条2項）。山本評釈<sup>27)</sup>では、権利失効説が前訴における被告の行為責任としての形成権行使責任（これに加えての同時履行の抗弁権の行使責任）は、さらに、結果責任としての前訴での反訴提起責任に転化する、としている。注目すべきであろう。

【判例5】についてであるが、ここでは、遮断効が否定されている。最高裁が遮断効を否定した趣旨は、相殺権についての従来の判例理論を踏襲したものと思われる<sup>28)</sup>。さらに、遮断を正当化できない程に前訴での建物買取請求権行使は困難であるか、否か、または、遮断することによって生じる賃貸人と賃借人の利益状態如何といった、具体的な事情の衡量によるべき、とされる。妥当であると解する。

## 結語

形成権は、法律関係の消滅等に関わり、私的自治の領域に属する。即ち、形成権の行使はいつにても、任意に行使することができる。既判力に於ける基準時は基準時における確定を行うにすぎず、その後の法的変動が生じることは当然のこととされる。形成権における行使は、実体法上の権利変動を行う極めて重要な法的行為であり、既判力の基準時以外の枠組に依って法的効果が実体法上決定されるべきである。前訴において、権利行使がなし得ず、また、過失等によって行使しない場合にまで、遮断することは、当事者に期待しえない場合、酷であろう。何をもってより強い効力とするか、優先する理論あるいはまた、その根拠とは、何かが、ここにおいて、検討されなければならない。私見によれば、「訴訟法は

実体法の侍女とされる」、という法格言に依り、私的自治の原則がまず妥当するものとする。従って訴訟法は例外として、法律関係の変動に関して、基準時後の自由な設定・変更を認めるべきであり、その対応としては、端的に後訴を認めれば足るものとする。

既判力の法的拘束力は、一時的な法的安定性に資するものであり、実体が優先されることによって、社会活動の自由を認めるべきである。訴訟は、合意がなされず、単に、裁判という形式で確認を行いたい、といった法的役割を担うに過ぎないものである、と考えられ、本来、私的自治に資すべきものである。過失や提出責任といった要件によって、遮断効の実質化が更に検討されるべきである。今後のさらなる理論的發展がなされるべきであるとする。いまだ検討不足であるが、筆を措きたい。

#### 注

- 1) 三カ月「民事訴訟法」(法律学全集) 17頁。
- 2) 松本=上野「民事訴訟法」<第5版>587頁。
- 3) 新堂「新民事訴訟法」<第4版>651頁。
- 4) 新堂・前掲652頁。同旨として、谷口「口述民事訴訟法」326頁、河野「形成権の機能と既判力」講座民事訴訟⑥(河野説では、前訴で形成権行使を要求する行為規範が存在したか否かを基準とする。)、高橋「重点講義民事訴訟法」(上) 541頁。
- 5) 水谷「後訴における審理許可」民訴雑誌26号59頁。更に、手続保障を重視する見解として、井上(治)「判決効による遮断」『これからの民事訴訟法』217頁。
- 6) 小林「プロブレム・メソッド新民事訴訟法」[補訂版] 372頁。判例には多元説に依りつつも、権利関係の安定、訴訟経済、信義則を根拠とするものがある(最判昭和49年4月26日(民集28巻3号503頁))。
- 7) 上田「判決効の範囲」224頁以下。
- 7) の1 河野「形成権の機能と既判力」講座民事訴訟⑥
- 8) 池田「基準時後の形成権行使遮断の根拠と限界」阪大法学39巻3・4号793頁。
- 9) 新堂・前掲651頁、三ヶ月前掲31頁。判例として、最判(三小)昭和36年12月12日(民集15巻17号277頁)、最判(一小)昭和55年10月23日(民集34巻5号747頁)。
- 10) 中野「民事訴訟法の論点I」250頁以下。
- 11) 同上257頁。
- 12) 新堂・前掲651頁。
- 13) 判例として、最判昭和36年12月12日(三小)(民集15巻11号277頁)、最判昭和55年10月23日(一小)(民集34巻5号747頁)。

- 14) 中野・前掲259頁。
- 15) 大学双書〔第2版補訂正版〕(高橋執筆)。
- 16) 池田「新世代の民事裁判」171頁、197頁。
- 17) 大学双書454頁参照。
- 18) 於保「物権法」(上)141頁。
- 19) 加藤一郎「民法177条と対抗問題」[新版・民法演習]249頁以下。
- 20) 判例も同旨である。大判(民連)明治43年11月26日(民録16輯764頁)、最判昭和40年4月2日(民集19巻3号539頁)。
- 21) 拙稿「民事紛争の解決と手続」佐々木吉男追悼論集に提示した事案である。例示すれば、反射効(保証)、連帯債務、共有物、転借関係、一部請求、信義則、口頭弁論終結後の承継人(115条1項3号)、目的物の所持人(115条1項4号)等の事例が問題とされる。
- 22) 菊井=村松・原著「コンメンタール民事訴訟法Ⅱ」[第2版]456頁。
- 23) 学説としては、新堂・前掲652頁。判例としては、最判昭和57年3月30年(三小)(民集36巻3号501頁)。但し伊藤説は反対。同「民事訴訟法」[第3版補訂正版]485頁。
- 24) 中野説では、民事執行法35条2項により、基準時後の権利行使は請求異議事由に当たるとされる。「強制執行・破産の研究」36頁以下。ドイツの学説では、これを執行権の保護と構成する学説がある。Weinzierlの説である。松本「既判力理論の再検討」150頁参照。
- 25) 三上「民事訴訟法判例百選」[第三版]178頁。
- 26) 畑「昭和53年度民事主要判例解説」(判例タイムズ390頁)。
- 27) 民事訴訟法判例Ⅱ325頁。
- 28) 三上・前掲179頁。